Der Spezifikationskauf.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

ACAD. LAND.BIBL.

vorgelegt von

Carl Dormitzer

aus Fürth

Rechtspraktikant am Stadtmagistrat Fürth.

Approbiert am 1. Februar 1904.

Fürth.
Albrecht Schröder's Buchdruckerei.
1904.

Meinem verehrten Onkel

Herrn Geheimen Justizrat Dr. Riesser

zu BERLIN

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549826_0144

Inhalt.

Einleitung.

§ 1. Die wirtschaftliche Bedeutung des Spezifikationskaufes.

§ 2. Literatur.

Erstes Kapitel.

Das rechtliche Wesen des Spezifikationskaufes.

§ 3. Arten und Begrenzung des Spezifikationskaufes.

§ 4. Perfektion des Vertrages.

§ 5. Die Konstruktion des Rechtsverhältnisses.

Zweites Kapitel.

Der Spezifikationsverzug.

§ 6. Die Natur des Spezifikationsverzuges.

§ 7. Der Eintritt des Verzuges.

§ 8. Die Rechtsfolgen des Verzugs im allgemeinen.

§ 9. Der Uebergang des Wahlrechts.

§ 10. Die Rechte gemäß § 326 B. G. B.

§ 11. Die weiteren Rechte des Verkäufers.

Literaturverzeichnis.

Römer, Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht 1877.

Oertmann, Der Kauf mit Spezifikation (Archiv für die civilistische Praxis, 85. Band).

Kohler, Annahme und Annahmeverzug (Iherings Jahrbücher für Dogmatik, 17. Band).

Weber, Zum Spezifikationskaufe. Diss. Göttingen.

Chamizer, Begriff, Grenzen und Arten der Wahlschuld.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Dritte und letzte Abteilung: Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa.

Staub, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen H. G. B.

Staub, Kommentar zum H. G. B.

Lehmann-Ring, Kommentar zum H. G. B.

Planck, Kommentar zum B. G. B.

Dernburg, Pandekten, 3. Aufl.

Windscheid, Pandekten, 7. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts.

Gaupp-Stein, Kommentar zur C. P. O.

Struckmann-Koch, Kommentar zur C. F. O.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.

Einleitung.

§ 1.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Spezifikationskaufes.

In § 375 des neuen Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897 ist ein Kaufgeschäft geregelt, das bisher noch keine gesetzgeberische Behandlung erfahren hat, nämlich der sogenannte Spezifikationskauf, d. i. ein Kauf, bei dem sich der Käufer die Bestimmung von Form, Maß oder ähnlichen Verhältnissen vorbehält. Dies ist ein Geschäft, das zuerst im Eisenhandel im Verkehr zwischen dem Großhändler und der Gießerei aufgetaucht zu sein scheint und allmählich infolge seiner praktischen Brauchbarkeit sich Eingang in andere Industriezweige erzwungen hat. Der Spezifikationskauf stellt sich als ein Erzeugnis modernen Massenverkehrs dar; er ist eines der Mittel, durch die ein ausgebildeter Großhandel dem Weltmarkt seine Bedürfnisse zuführt, und eine kritischen Schwankungen möglichst wenig unterworfene, stetige Produktion ermöglicht wird. Sowohl auf Seite des Käufers, wie auf der des Verkäufers wirken gewichtige wirtschaftliche Interessen mit, um sie zu derartigen Abreden greifen zu lassen. Es kann dem fabrizierenden Verkäufer in der Regel wohl völlig gleichgiltig sein, in welchen Dimensionen er sein Eisen abliefern soll, da seine Fabrik für die gangbaren Sorten in gleicher Weise eingerichtet ist; aber durch den Abschluß solcher Verträge kann er sich lange Zeit vorher Beschäftigung seiner Arbeiter und seiner Maschinen sichern und so Betriebsstockungen hintanhalten. Daß von ihm die Lieferung exorbitanter Formen verlangt werden könne, braucht er im Verlaufe regelmäßiger Geschäftsbeziehungen nicht zu befürchten; auch wird der Vertrag selbst das Recht des Käufers, in den Formen zu wählen, meist irgendwie beschränken. Andere Gesichtspunkte leiten den Käufer beim Abschlusse

des Geschäftes. Er kann Waren kaufen, deren genauere Beschaffenheit ihm erst dann zu regeln gestattet wird, wenn er sein und seiner weiteren Abnehmer Bedürfnis zu erkennen und überschauen vermag. Dabei stellt er sich gegen die inzwischen eintretenden Preisschwankungen sicher, indem er jetzt schon den Preis für alle Wahleventualitäten vereinbart. So können beide, Verkäufer wie Käufer, durch dieses Rechtsgeschäft auf längere Zeit hinaus ihren geschäftlichen Operationen eine solide Basis schaffen.

§ 2.

Literatur.

Da der Spezifikationskauf vorzugsweise in der modernen Volkswirtschaft zu ersprießlicher Verwendung gelangen kann, erklärt es sich, daß das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch den Spezifikationskauf noch nicht kennt und die höchste Judikatur erst im zweiten Drittel der siebziger Jahre Gelegenheit erhält, sich mit ihm zu beschäftigen. Seitdem ist das Rechtsgeschäft der Gegenstand zahlreicher Entscheidungen geworden, die teils dem Gebiete des gemeinen, teils dem des preußischen, teils des sächsischen Zivilrechts, jeweils in Verbindung mit dem A. D. H. G. B. angehören.

Die Literatur hat sich mit den einschlägigen Fragen, von den meist kurzen Bemerkungen in den Lehrbüchern und Kommentaren abgesehen — eine Ausnahme bilden die ausführlichen Erläuterungen Staub's zu Art. 337 des A. D. H. G. B. bezw. § 375 H. G. B.; neuerdings ist auch manches im Lehmann-Ring'schen Kommentare zu finden — hauptsächlich vom Standpunkte des römischen Rechts aus beschäftigt. Hier sind zu nennen die „Abhandlungen aus dem römischen Recht, dem Handels- und Wechselrecht“ des Reichs-Oberhandelsgerichtsrats Römer 1877, vierte Erörterung, Seite 132—148, und der größere Aufsatz von Oertmann: „Der Kauf mit Spezifikation“ im Archiv für die zivilistische Praxis, 85. Band, Seite 202—233. Auch Kohler befaßt sich in seiner größeren Abhandlung: „Annahme

und Annahmeverzug", Ihering's Jahrbücher für Dogmatik, 17. Band, Seite 261—424, näher mit unserem Vertrage. Speziell mit dem Spezifikationskaufe befaßt sich ferner die Dissertation von Weber: „Zum Spezifikationskaufe", welche hauptsächlich ein ausführliches Referat über die zum alten Recht ergangenen Entscheidungen enthält (Göttingen 1897).

Es bedarf wohl keiner Entschuldigung, wenn in vorliegender Arbeit das Recht des Spezifikationskaufes nicht nur nach seiner neuen gesetzlichen Gestaltung betrachtet, sondern auch das bisherige Recht in weiterem Umfange herangezogen werden soll. Nicht etwa nur aus Gründen historischer Pietät, sondern weil gerade der Spezifikationskauf ein treffliches Beispiel bietet, wie es auch ohne Nachhilfe des Gesetzgebers einem wirtschaftlich berechtigten Brauche möglich ist, sich eine befriedigende rechtliche Anerkennung und Ausgestaltung zu erringen.

Der jetzige § 375 H. G. B. ist von der Kommission eingesetzt worden, welche im November und Dezember 1895 zur Begutachtung des Entwurfes tagte. Dabei wurde im wesentlichen den jüngsten Ergebnissen der höchstrichterlichen Judikatur gefolgt; doch soll dargelegt werden, wie gerade bezüglich mancher in Theorie und Praxis vielbestrittener Punkte das Handelsgesetzbuch von 1897 die gleichen Zweifel übrig gelassen hat (§ 11 dieser Arbeit).

Erstes Kapitel.

Das rechtliche Wesen des Spezifikationskaufes.

§ 3.

Arten und Begrenzung des Spezifikationskaufs.

Spezifikationskauf — § 375 des Handelsgesetzbuches — ist derjenige Kauf, bei dem dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß und ähnliche Verhältnisse vorbehalten ist. Es sind also beispielsweise folgende der Judikatur entnommene Abreden als Spezifikationskäufe aufzufassen:

I. Es sind 100 Zentner Walzeisen verkauft; der Käufer hat bis zu einem bestimmten Termin sich zu entscheiden, ob er Flacheisen oder Rundeisen oder Nageleisen geliefert haben will.

II. Der Verkäufer hat 6000 Zentner französisches Handelseisen in Raten zu liefern, die Dimensionen hat der Käufer jeweils 3 Monate vor dem Lieferungstermin der Rate zu bestimmen.

III. Verkauft wird eine Quantität Bleche, die der Käufer auf 3 Sorten zu verteilen hat, unter Ansatz verschiedener Grundpreise pro 1000 kg Bleche. Zugleich kann der Verkäufer die Dimensionen bestimmen, für deren Fabrikation Ueberpreise nach einer Konventionsskala bestimmt sind.

Die Judikatur, besonders aber Oertmann S. 203 und ihm folgend Staub, scheiden zwischen „einfachen“ und „komplizierten“ Spezifikationskäufen.

Dabei sollen unter einfachen diejenigen Käufe verstanden werden, bei denen das genus und die engere Sorte des Kaufgegenstands bestimmt ist (oben Beispiel II). Der Vertrag wird dann weiter so ausgestattet, daß der Käufer die Befugnis erhält, Maß oder Form, — Länge, Dicke, Oberflächengestaltung etc. — je nach seinem Bedarf zu be-

stimmen, und zwar entweder ganz nach seinem, nur durch die allgemeinen Grundsätze eingeschränkten Belieben oder innerhalb gewisser, durch den Vertrag gesetzter Grenzen.

Der Preis wird verschiedenartig festgestellt. Es ist möglich, daß der Verkäufer die Produktion der Ware in den verschiedenen Dimensionen gleich hoch berechnet; dann wird der Preis für das vertragsmäßige Quantum ohne Rücksicht auf die spätere Spezifikation ein absolut bestimmter sein. Anders, wenn, wie es meist geschieht, für eine gewisse Mengeneinheit ein Grundpreis gegeben ist, zu dem je nach der verschiedenen Auswahl und den dadurch bedingten Verarbeitungskosten „Ueberpreise" hinzugeschlagen werden. Dieser Ueberpreis ist entweder ein vertragsmäßiger oder es existiert eine dem Käufer bekannte, beim Verkäufer gebräuchliche Ueberpreisskala (z. B. R. G. Bd. X, S. 96 „generelle Ueberpreisskala der Klägerin"). In beiden Fällen ist also Mindest- und Höchstpreis festbestimmt, der Gesamtpreis demnach limitativ bestimmt; fehlt es an Vertragsbestimmungen oder Skala, so ist auf das billige Ermessen zu rekurrieren.

Diesen Fällen sollen als komplizierte diejenigen gegenüberstehen, bei denen ein bestimmtes Quantum einer Ware verkauft wird, der Käufer aber dies auf einzelne Sorten innerhalb des weiteren genus zu verteilen hat (vgl. obige Beispiele I). Auch hier kann die Preisbemessung eine verschiedene sein: bei gleichem Preise der verschiedenen Sorten ist der Gesamtpreis absolut bestimmt; sind dagegen die einzelnen Sorten verschieden teuer, so ist der Gesamtpreis, ebenso wie beim einfachen Spezifikationskauf, nur relativ bestimmt. Er variiert je nach dem gewählten Quantum der Einzelsorte, sein Mindestbetrag und Höchstbetrag wird durch den Preis des Gesamtquantums für die billigste bezw. teuerste Sorte bestimmt.

Vielfach kompliziert sich der Vertrag derart, daß beides, Dimension wie Sorte, der Spezifikation des Käufers überlassen wird (oben Beispiel III).

Es kann zugegeben werden, daß zwischen den so geschiedenen Fällen allerdings ein sachlicher Unterschied

besteht, dagegen kann der bisher gewählten Terminologie nicht beigetreten werden. Die Ausdrüke „einfach“ und „kompliziert“ haben mit dem Inhalt der Verträge selbst wenig zu tun; sie sind mehr aus der verschiedenen Schwierigkeit, welche die juristische Konstruktion verursachte, hervorgegangen. Es ist nicht abzusehen, warum eine Wahl beispielsweise zwischen Schrauben verschiedener Länge, Dicke nnd Windungshöhe einfach, eine Wahl zwischen Schweißeisenblech und Flußeisenblech kompliziert sein soll, insbesondere wenn beim einfachen Spezifikationskaufe verschiedene Preise, beim komplizierten gleicher Preis angesetzt ist. Wir teilen wohl besser die Spezifikationskäufe ein in Käufe mit Formenspezifikation und Käufe mit Sortenspezifikation, welche Benennungen der Sache mehr gerecht werden dürften. Wer die alten Ausdrücke nicht fallen lassen will, kann den Kauf mit Formenspezifikation und den Kauf mit Sortenspezifikation als einfache Fälle zusammenfassen, und ihnen den häufigen Fall der Vereinigung beider als komplizierten Spezifikationskauf gegenüberstellen, eine Unterscheidung, der allerdings eine mehr als terminologische Bedeutung nicht innewohnt.

Die Grenzlinie zwischen Formenspezifikation und Sortenspezifikation ist oftmals eine flüssige, der Unterschied nicht ganz scharf festzustellen. So lässt sich zweifeln, ob der in der Entscheidung des Reichsgericht Bd. XIV, Seite 243 angeführte Vertrag — Lieferung von Garn in drei möglichen Nummern — mit Oertmann als Sortenspezifikationskauf oder mit Staub als Formenspezifikationskauf aufzufassen ist.

Hieran schließt sich die bisher nur bei Lehmann erwähnte und ohne nähere Begründung bejahte Frage, ob überhaupt reine Sortenspezifikationskäufe, die also nicht, wie es sehr häufig der Fall sein wird, mit Formenspezifikation verbunden sind, überhaupt noch von den Bestimmungen des § 375 H. G. B. getroffen werden, der ja nur von Form, Maß oder ähnlichen Verhältnissen spricht. Ich glaube, dies trotz des nicht ganz entsprechenden Wortlauts bejahen zu dürfen und demnach zwischen Sortenspezifikationskauf und der gewöhnlichen alternativen Gattungsobligation scheiden zu müssen. Die Merkmale dieser

Scheidung, die mit Rücksicht auf die gänzlich verschiedenen Rechtsfolgen der §§ 262 ff. B. G. B. einerseits, des § 375 H. G. B. andererseits eine sehr wichtige ist, mögen freilich im Einzelfalle nicht immer klipp und klar zu Tage treten; doch gibt diese Schwierigkeit noch nicht den Grund ab, um bisher als Spezifikationskäufe behandelte Geschäfte ohne Rücksicht auf ihre Eigenart von den Regeln des § 375 H. G. B. auszuschließen und den allgemeinen Normen über Alternativobligation zu unterstellen. Die Berechtigung zu solcher Scheidung entnehme ich aus den Worten „ähnliche Verhältnisse", mit denen offenbar der Möglichkeit, einen weiteren Kreis von Rechtsgeschäften dem § 375 zu unterstellen, Raum gegeben werden soll.

Was sind nun aber die Unterscheidungsmerkmale zwischen Sortenspezifikationskauf und alternativer Gattungsobligation?

Vor allem ist zu betonen, daß der Sortenspezifikationskauf nicht etwa eine bloße Abart der Alternativobligation ist, obwohl die beiden Verträgen gemeinsame Wahlabrede zu dieser Annahme verführen könnte. Beim Spezifikationskauf wird *eine* Sache geschuldet, von der es aber noch gewiß ist, welches ihre konkrete Erscheinungsform im Augenblicke der Erfüllung sein wird, beim alternativen Kauf werden grundsätzlich verschiedenartige Sachen verkauft. Bei der Bestimmung des Vertragsgegenstandes des Spezifikationskaufes kommt die allen Sorten gemeinsame Obergattung, bei dem alternativen Kauf kommen die individualisierenden Merkmale zur Geltung. Im Einzelfalle mag der Gebrauch des Wortes Spezifikation, der Umstand, daß es sich bei den verschiedenen Leistungsgegenständen des Spezifikationskaufs häufig um Sorten handelt, die durch den Produktionsprozeß unterschieden sind, endlich die Gewohnheit des Handelszweiges die Annahme eines Spezifikationskaufes gegenüber einem alternativen Kauf rechtfertigen.

Kohler allerdings (a. a. O. S. 358 f.) war schon für das gemeine Recht der Ansicht, daß der Spezifikationskauf stets eine Alternativobligation sei; der gleichen Ansicht ist für das neue Recht Chamizer (a. a. O. S. 23) mit einer

Begründung, die sich durch ein unglücklich gewähltes Beispiel selbst schlägt.

Daß die von Oertmann (S. 204) erwähnten Fälle, in denen die Lieferungszeit, der Erfüllungsort etc. durch nachträgliche Wahl des Käufers bestimmt wird, nicht oder jedenfalls nicht mehr als Spezifikationskäufe aufzufassen sind, ist offensichtlich: nur diejenigen Käufe sind Spezifikationskäufe im eigentlichen Sinne, bei denen sich die Spezifikationsabrede auf den Leistungsgegenstand bezieht.

Anderer Meinung Lehmann Nr. 2.

Zu bemerken ist noch, daß der Spezifikationsverkauf in der übergroßen Mehrzahl der Fälle Genuskauf ist und daher im folgenden auch stets unter dieser Voraussetzung betrachtet werden wird, nachdem auch für einen etwaigen Spezieskauf mit Spezifikation keine Besonderheiten gelten würden.

§ 4.

Perfektion des Vertrages.

Für das gemeine Recht erhob sich als erste Frage, ob derartige Verabredungen überhaupt als perfekte, rechtlicher Wirkungen fähige Kaufverträge gelten könnten. Diese Frage ist mit Recht einmütig bejaht worden, die römische Regel der Bestimmtheit von Ware und Preis mithin auch hier einer gerechtfertigt freien Auslegung unterworfen worden. Die Judikatur hat anerkannt, daß nicht absolute Bestimmtheit von Ware und Preis erforderlich sei, um eine rechtliche Verbindlichkeit zum Entstehen zu bringen; sie hat die relative Bestimmtheit der Ware und des Preises, welche diesem Vertrage eigen ist, für genügend angesehen, besonders da die Unbestimmtheit sich meist in ziemlich engen Grenzen hält (Reichsoberhandelsgericht Bd. 14, S. 243). Es wurde als ausreichend anerkannt, wenn die Bestimmtheit infolge des Vertrags durch Benutzung anderer Umstände gewonnen werden kann. Noch klarer tritt dies zu Tage, wenn der Grundpreis für die verschiedenen Sorten oder Dimensionen ein gleicher ist. Wie das Reichsoberhandelsgericht Bd. 16 S. 204 treffend ausführt, ist es im kaufmännischen Geschäftsleben seitens der Beteiligten nie

bezweifelt worden, daß es sich hier um feste Abschlüsse handle — sodaß, wenn die Giltigkeit des Geschäftes nicht schon durch die obigen Erwägungen gestützt würde, man nötigenfalls auf das Handelsgewohnheitsrecht Bezug nehmen könnte.

Für das neue Recht scheidet diese Frage dem § 375 gegenüber aus: nur ist auch im neuen Recht erforderlich, daß die Spezifikationsabrede nicht soweit gehe, daß dadurch überhaupt die Existenz eines Vertrages in Frage gestellt wird.

Ebenso Lehmann Nr. 1.

§ 5.

Die Konstruktion des Rechtsverhältnisses.

Die juristische Struktur des Spezifikationskaufs gab im bisherigen Rechte zu lebhafter Kontroverse Anlaß; auch § 375 H. G. B. gibt keine ausdrückliche Entscheidung, sodaß die Verfolgung der bisherigen Judikatur und Literatur auch für das heutige Recht direkte Bedeutung hat.

A. Der Formenspezifikationskauf.

Das Reichs-Oberhandelsgericht hat im Urteile vom 27. Juni 1874 (Bd. 14, S. 42), ohne die Frage zu entscheiden, die verschiedene Möglichkeit der Konstruktion angedeutet: Abschluß eines Kaufes oder Vertrag, vermöge dessen der Käufer verpflichtet ist, durch seine Erklärung einen der nach dem ihm gelassenen Spielraum möglichen Käufe abzuschließen (pactum de emendo). Der gleiche Senat dieses Gerichts hat sich im Urteil vom 7./25. Nov. 1874 (Bd. 15, S. 146) ohne nähere Begründung für die erstere Möglichkeit — Abschluß eines Kaufes — entschieden, dabei aber zugleich das Kaufsobjekt einer näheren Betrachtung unterzogen:

Durch die Spezifikationsabrede werde der Gegenstand des Vertrages nicht berührt; die Verpflichtung des Käufers werde nicht zu einer alternativen in der Art, daß so viele Quantitäten von dem vereinbarten Umfang in obligatione seien, als Formen der bestimmten Ware üblich seien, und der Käufer das Recht habe, aus diesen verschiedenen Gegen-

ständen einen auszuwählen. „In obligatione bleibt lediglich die vereinbarte Quantität der bestimmten Ware“, also z. B. Stabeisen erster westfälischer Qualität schlechthin.

An dieser Auffassung des Lieferungsgegenstandes hat das Reichs-Oberhandelsgericht auch weiterhin festgehalten; die Vertragsart selbst hat es dann in dem Erkenntnis vom 10. Dezember 1874 (Bd. 16, Nr. 59, S. 205) einer näheren Erörterung gewürdigt. Es ist zu scheiden ein Haupt- und ein Nebenvertrag. Im ersteren als Lieferungsvertrag wird der Gegenstand des Geschäfts in genere unwandelbar festgestellt; durch den Nebenvertrag wird dem Käufer die Möglichkeit gegeben, eine ihm passende Formgestaltung der generell erkauften Ware zu erlangen; der Verkäufer erhält einen Anspruch auf Ersatz der durch die Formgebung aufgewandten Kosten. Ferner hält in dieser Entscheidung das Gericht es für zweifellos, daß erwähnter Nebenvertrag nicht nur das Recht, sondern auch die klagbare Verpflichtung des Käufers zur Vornahme der Spezifikation enthält.

Auch das Reichsgericht hat sich dem angeschlossen. Dasselbe erklärt es für denkbar, daß die Contrahenten von der Form abstrahieren, daß also ein gewisser Stoff in den verschiedensten Formen oder in bestimmten verschiedenen Formen als eine Warengattung aufgefasst und als solche zum Gegenstand eines Rechtsgeschäfts gemacht wird: gleichgiltig sei es, ob gleiche Grundpreise oder ein Grundpreis mit verschiedenen Ueberpreisen bestimmt sind.

Die Literatur steht ungefähr auf gleichem Standpunkte. Römer läßt zwei Möglichkeiten offen: es sind mehrere alternative Geschäfte vorhanden oder nur eines, bei dem die vereinbarte Qualität in obligatione ist, die Form als etwas nebensächliches erscheint. Römer hat sich nicht für das eine oder andere entschieden, indem er die Lösung der Frage für praktisch gleichgiltig hielt, sondern begnügt sich, den Formenspezifikationskauf für einen einfachen Genuskauf zu erklären, ein Resultat, das zwar wohl nicht bezweifelt werden kann, aber zur Klärung der anschließenden Fragen nicht viel beiträgt.

Kohler endlich erblickt (S. 358) in unserem Geschäfte einen Alternativvertrag, wenn auch das Wahlrecht ein beschränktes sei.

Von der neueren Anschauung des Reichsgerichts, die Oertmann dann weiter entwickelt hat, wird weiter unten zu sprechen sein.

B.

Ganz andere Ansichten, als oben für den Formenspezifikationskauf geschildert, hat das Reichs-Oberhandelsgericht für den Sortenspezifikationskauf aufgestellt. (Bd. XVIII, Nr. 10, S. 48.)

Hier sieht das Gericht zunächst eine Verschiedenheit des Kaufgegenstandes gegeben und muß daher vor allem einen einfachen Genuskauf ablehnen. Dann aber wird eine weitere Unterscheidung getroffen. Sind trotz der verschiedenen Qualitäten gleiche Preise vereinbart, so liegt eine Obligation, eine alternative Obligation vor. Anders, wenn die Verschiedenheit der Qualität zugleich Verschiedenheit der Preise mit sich bringt. Dann liegen soviel Kaufverträge vor, als Qualitäten in Frage stehen; erst durch die Erklärung des Käufers wird gewiß, welcher der Verträge definitiv geschlossen sein soll. Allerdings sieht sich das Reichs-Oberhandelsgericht, um dem Geschäfte nicht ganz den realen Boden zu entziehen, zur der Annahme genötigt, daß der Käufer zur Abgabe jener Erklärung innerhalb bestimmter Frist verpflichtet ist; diese Verpflichtung denkt sich das Erkenntnis wohl aus dem in Bd. XIV als möglich angenommenen pactum de contrahendo hervorgehend.

Diese Auffassung wird geteilt und näher begründet von Römer (S. 134). Ihm gilt der Sortenspezifikationskauf mit gleichen Grundpreisen als alternative Obligation mit Wahlrecht des Gläubigers, dagegen bei verschiedenen Grundpreisen als Mehrheit bedingter Käufe. Er stellt jeden dieser Käufe hin als unter der Bedingung geschlossen, daß der Käufer wollen werde; dieser sei durch ein pactum de contrahendo genötigt, einen der Käufe zu wollen, während die Gebundenheit des Verkäufers bereits ex vendito entspringe.

C.

Nachdem diese Konstruktionsweise des Rechtsverhältnisses längere Zeit unerschüttert geblieben ist, erklingt in dem Urteil des Reichsgerichts vom 9. März 1892 (Bd. XXIX, Nr. 6, S. 17) das Vorspiel einer neuen Anschauung, die sich dann in der Entscheidung vom 27. Mai 1892 (Bd. XXX, Nr. 29, S. 97) mit voller Schärfe vernehmen läßt. Im ersteren Urteil nimmt zwar das Gericht noch in der Regel eine der Zahl der verschiedenen Qualitäten mit verschiedenen Preisen entsprechende Mehrheit von Käufen an, gibt aber doch zu, daß auf grund besonderer Umstände nach Lage des einzelnen Falles ein bestimmter Kauf dahin angenommen werden kann, daß ungeachtet der verschiedenen Maße und Qualitäten der zu spezifizierende Gegenstand doch nur als eine einzige Warengattung aufgefaßt und als solche zum Gegenstande des Vertrages gemacht wird. In dem zweitgenannten Erkenntnis, das Oertmann mit Recht ein beachtenswertes und wohlgelungenes nennt und das in klarer und anziehender Darstellung Lücken und Zweifel des positiven Rechts unter Berücksichtigung der Forderungen des Verkehrs und der Billigkeit beseitigt, erhebt das Reichsgericht die Ausnahme zur Regel. Hier sind zum ersten Male die Bedenken, die eine einheitliche Auffassung des Spezifikationskaufes verhinderten, überwunden: es ist Formenspezifikation und Sortenspezifikation grundsätzlich gleichgestellt. Die Begründung gipfelt in den Sätzen: Es erscheint nicht geboten, zu unterscheiden, ob die Wahl des Käufers nur die Herstellungsart, insbesondere die Formgebung, oder ob sie auch den Stoff betrifft; beide Arten von Bestimmung stellen Merkmale fest, welche die lieferbare Ware haben soll.

Oertmann huldigt der gleichen Ansicht, die seitdem auch nicht bestritten worden ist. Er führt für Formen- und Sortenspezifikationskauf gesondert den Beweis und kommt bei beiden zu dem gleichen Resultate, daß ein einheitliches Kaufgeschäft vorliegt und zwar ein Genuskauf, bei welchem dem Käufer nur eine nähere Individualisierung des Schuldinhaltes nach bestimmten Richtungen hin zuge-

standen ist. Er widerlegt bei seiner Beweisführung insbesondere die Annahme eines Haupt- und Nebenvertrages beim Formenspezifikationskauf und die Annahme mehrerer bedingter Obligationen verbunden mit einem pactum de contrahendo beim Sortenspezifikationskauf.

Oertmanns Begründung ist beizutreten; besonders die Widerlegung anderer Konstruktionen erscheint durchaus zutreffend, sodaß sich eine Wiederholung hier erübrigt. Dagegen fehlt seiner Begriffsbestimmung ein Tatbestandsmerkmal, das im neuen Rechte sicher zum Begriffe des Spezifikationskaufes gehört, unserer Ansicht nach aber auch im alten Recht dazu gehört hat. Dem Käufer ist nämlich eine nähere Individualisierung des Schuldinhaltes nicht etwa nur zugestanden, sondern er ist dazu verpflichtet. Der Ausdruck dieser Verpflichtung ist zur Feststellung des Wesens des Spezifikationskaufs unerläßlich; die Verpflichtung zur Spezifikation ist nicht nur eine durch § 375 H. G. B. festgesetzte, singuläre Rechtsfolge. Denn wie jeder Handelskauf, kommt das Rechtsinstitut des Spezifikationskaufes nicht nur dem Bedürfnis des Käufers als Anschaffungsgeschäft, sondern in gleicher Weise auch dem Bedürfnis des Verkäufers als Absatzgeschäft entgegen. Die Tendenz der Rechtsentwickelung, welche eine stärkere Betonung der Interessen des Verkäufers verlangte, und welche die in manchen Rechtsgebieten so streitige Verpflichtung des Käufers zur Abnahme (vgl. hierüber Kohler a. a. O. S. 273 ff., 358 ff.) zuerst in dem Allg. Deutschen H. G. B. Art. 346, dann in dem Bürgerl. Gesetzbuche § 433 Abs. 2 zur Anerkennung brachte, diese Tendenz verlangt auch die Aufnahme der Spezifikationspflicht als Tatbestandsmerkmal in die Begriffsbestimmung des Spezifikationskaufs.

Man wird also nach dem Gesagten zu folgender Definition gelangen:

> Spezifikationskauf ist derjenige über bewegliche Sachen geschlossene Handelskauf, bei welchem dem Käufer die nähere Bestimmung der Kaufsache nach Art und Maß innerhalb der durch den Kaufvertrag bestimmten Gattung vorbehalten und auferlegt ist.

Zweites Kapitel.

Der Spezifikationsverzug.

§ 6.

Die Natur des Spezifikationsverzuges.

Spezifiziert der Käufer rechtzeitig, so ist über die weiteren Rechtsfolgen hier nicht zu sprechen, da es sich von diesem Zeitpunkte an um einen einfachen Gattungskauf handelt. Welche Rechte hat nun der Verkäufer im Falle des Spezifikationsverzuges des Käufers? Diese Frage ist schon im alten Recht auf die denkbar verschiedenste Weise beantwortet werden und erscheint auch im neuen Rechte keineswegs geklärt. Außer den im Gesetze genannten Rechten des Spezifikationsübergangs und den aus § 326 B. G. B. folgenden Rechten des Schadensersatzes und des Rücktritts werden als Rechte des Verkäufers im Falle des Spezifikationsverzuges des Käufers noch genannt das Recht, die Vornahme der Spezifikation klageweise zu verlangen, das Recht auf Zahlung des Mindestpreises und das Recht des Selbsthilfeverkaufs.

Die Entscheidung, ob diese Rechte alle gegeben sind, wie über die nähere Beschaffenheit dieser Rechte und ihr gegenseitiges Verhältnis kann nur dann getroffen werden, wenn der Ausgangspunkt, die Natur des Verzugs in der Vornahme der Spezifikation, genau fixiert ist, wenn insbesondere das Verhältnis dieses Spezifikationsverzuges zu Annahme- und Abnahmeverzug erörtert ist. Wir werden also im Folgenden zuerst den Spezifikationsverzug zu betrachten, dann die Folgen, die man dem Spezifikationsverzug im alten Rechte zuschrieb, kurz aufzuzählen haben, hierauf die in § 375 genannten Rechte und endlich die ferner noch angeblich bestehenden Rechte und deren Verhältnis zu einander zu besprechen haben.

Was die Frage nach der Natur des Spezifikationsverzuges anlangt, so findet sich diese Frage für das gemeine

Recht in der zitierten Kohlerschen Abhandlung, für das neue Recht bei Staub und Lehmann grundsätzlich behandelt. Um auch das erstere hier nochmals zu streifen, so kann Kohler, der für das gemeine Recht das Vorhandensein einer Annahmepflicht des Gläubigers und auch einer Abnahmepflicht des Käufers entschieden leugnet, demgemäß auch eine aus dem Kaufvertrag aus solchem folgende Verpflichtung des Käufers zur Mitwirkung bei der Leistung des Verkäufers nicht anerkennen, und tritt so auch der von Römer und vom Reichs-Oberhandelsgericht als „selbstverständlich" zugelassenen Klage auf Vornahme der Spezifikation mit scharfen Worten gegenüber. Kohlers Ausführungen erscheinen uns hier weit logischer und, soweit dies beim Schweigen der römischen Rechtsquellen angängig ist zu sagen, weit quellenmäßiger als die seiner Gegner.

Was das neue Recht anbelangt, so mögen die diesbezüglichen Ausführungen von Staub, da auf sie im Folgenden öfters zurückgegriffen werden muß, hier Platz finden:

„Spezifikationsverzug ist eine Art des Abnahmeverzugs. Der Käufer, der nicht spezifizieren will, verzögert und verhindert schon in diesem Vorstadium die ihm obliegende Abnahme bezw. Annahme der auf grund einer Spezifikation fertig zu stellenden Ware. Abnahmeverzug ist schuldhafter Annahmeverzug. Denn im Annahmeverzug befindet sich der Käufer, wenn er die ihm als Lieferungsgläubiger geschuldete Ware nicht annimmt. Zu diesem Gläubigerverzuge gehört aber, wie überhaupt zum Gläubigerverzug, nicht schuldhaftes Verhalten. Der Käufer hat nun aber auch ausserdem auch als Schuldner die Verpflichtung, die Ware abzunehmen. Abnehmen und Annehmen sind derselbe Rechtsakt. Aber zum Abnahmeverzug gehört, wie immer zum Schuldnerverzuge, schuldhaftes Verhalten. Mithin liegt Abnahmeverzug vor, wenn der Käufer sich im schuldhaften Annahmeverzuge befindet."

Diese Ausführungen scheinen uns fehl zu greifen. Es ist zunächst mit Staub von der Untersuchung auszugehen, ob der Spezifikationsverzug Abnahmeverzug oder bloßer Annahmeverzug ist. Dabei ist zweifelsfrei, daß Abnahmeverzug schuldnerischer Verzug in der Erfüllung der Verpflichtung, die Kaufsache abzunehmen, ist und daß der Tatbestand des Abnahmeverzugs der gleiche ist, wie der des gläubigerischen Annahmeverzugs, nur daß noch das Moment des schuldhaften Handelns dazukommt. Da der Spezi-

fikationsverzug Verzug in der Erfüllung der Verpflichtung zu spezifizieren ist, so ist er Schuldnerverzug und deshalb gehört zu ihm schuldhaftes Handeln, oder wie sich § 285 B. G. B. ausdrückt, die Spezifikation muß unterbleiben infolge eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten hat.

Es bleibt also noch fraglich, ob der Spezifikationsverzug Annahmeverzug ist. Dies ist zu verneinen.

Wenn Staub erklärt, daß der Verkäufer, der nicht spezifizieren wolle, schon in diesem Vorstadium die Annahme der auf grund einer Spezifikation fertig zu stellenden Ware verzögere und verhindere, so kann das nicht als richtig hingenommen werden. Rein tatsächlich genommen, klingt der zitierte Satz annehmbar, ja bestechend, doch juristisch haftet ihm das schwere Bedenken an, daß in diesem Stadium, in dem noch nicht spezifiziert ist, es sich noch nicht um Annahme oder Nichtannahme handeln kann. Denn wir können die Möglichkeit, gegenüber einer erst fertig zu stellenden Ware in Annahmeverzug zu geraten, nicht zugeben. Dem widerspricht § 294 B. G. B. der als Voraussetzung des Annahmeverzugs fordert, daß die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werde. Diese Voraussetzung kann aber nicht eintreten, wo es an einer Möglichkeit des tatsächlichen Angebotes vollkommen gebricht. Denn ohne vorgängige Spezifikation ist der Schuldner stets außerstande, die Leistung der Kaufsache zu bewirken. Ob nun das Angebot ein reales oder nur, wie es beim Spezifikationsverzuge gemäß § 295 B. G. B. der Fall ist, ein wörtliches sein müßte, stets würde es an der im § 297 B. G. B. negativ ausgedrückten, von Staub in Anm. 12 zu § 373 H. G. B. mit Recht ausdrücklich verlangten Voraussetzung des Annahmeverzuges, daß nämlich der Verkäufer imstande sein müße, die Ware zu liefern, ermangeln. Dazu ist aber ein Verkäufer, der garnicht weiß, was er zu liefern hat, natürlich niemals im stande. Selbst im Falle des § 296 B. G. B., wenn der Zeitpunkt, in dem die Spezifikation vorzunehmen ist, kalendermäßig feststeht, tritt ein Annahmeverzug des Käufers nicht ein, da in diesem Falle wie in allen übrigen Fällen § 297 B. G. B. dem gegenüberstünde. Wir sind bei

diesen Darlegungen davon ausgegangen, daß die Spezifikationsvornahme als eine zur Bewirkung der Leistung erforderliche Handlung des Gläubigers zu betrachten ist. Demgemäß wurde es nach § 295 Schlußsatz genügen, wenn an die Stelle des Angebotes der Leistung die Aufforderung zur Spezifikationsvornahme tritt. Doch hat diese Aufforderung dieselbe Voraussetzung wie das Angebot, daß nämlich der Verkäufer zu liefern imstande ist. Nur mit fertiger Ware kann der Gläubiger in Verzug gesetzt werden; dies ergibt sich als Wille des Gesetzes mit genügender Klarheit bereits aus der Wahl des in § 295 aufgeführten Beispieles. Auch § 298 B. G. B. kann nicht etwa zur Begründung eines Annahmeverzuges herangezogen werden, schon dehalb nicht, weil es dort um Zug- um Zug-Leistung und nicht um Nebenleistung handelt. Wir sind also zu dem Resultate gelangt, es genüge als Voraussetzung des Annahmeverzuges des Käufers nicht, daß der Verkäufer bereit und imstande sei, die Ware nach erfolgter Spezifikation zu liefern. Es sei zur Verstärkung dieses Resultates noch die praktisch-prozessuale Erwägung herangezogen, daß es nahezu unmöglich scheint, zu beurteilen, geschweige denn schlüssig zu beweisen, ob jemand nach erfolgter Spezifikation bereit und imstande sein wird zu liefern. Denn zwischen Spezifikation und Lieferung können noch die verschiedensten Umstände eintreten, welche Unmöglichkeit der Leistung, Unvermögen zur Leistung oder Verzug eines Teiles mit der Hauptleistung herbeiführen. Nur bei präsenter Ware ist die Möglichkeit gegeben zu prüfen, ob Lieferungsbereitschaft und Lieferungsvermögen gegeben sind. Wir lehnen also Annahmeverzug und damit auch den schuldhaften Annahmeverzug, den Abnahmeverzug, ab. Spezifikationsverzug ist Verzug in der Erfüllung einer dritten, selbständigen Nebenverpflichtung, welche den Käufer neben seinen zur Lieferung in synallagmatischem Verhältnisse stehenden Hauptverpflichtungen, Zahlung des Kaufpreises und Abnahme, trifft.

Zu dem gleichen Resultate, wenn auch mit anderer Begründung, kommt Lehmann (Nr 7).

§ 7.

Der Eintritt des Verzuges.

Haben wir somit die Natur des Spezifikationsverzuges dargelegt, so erübrigt uns, ehe wir zu den Rechtsfolgen des Verzugs übergehen, nur eine kurze Betrachtung, in welchem Zeitpunkte der Spezifikationsverzug eintritt. Dies ergibt sich, da eine besondere Bestimmung mangelt, aus den allgemeinen Grundsätzen über Schuldnerverzug. Einmal muß die Verpflichtung zur Vornahme der Spezifikation fällig sein. Es bedarf also, wenn die Fälligkeit nicht, wie es praktisch meist der Fall sein wird, kalendermäßig bestimmbar ist (z. B. zu spezifizieren bis Ende Oktober), einer Mahnung des Gläubigers, die sich als eine einfache Aufforderung zur Vornahme der Spezifikation darstellt. Da es sich, wie bemerkt, um Schuldnerverzug handelt, so ist außerdem gemäß § 285 B. G. B. schuldhaftes Verhalten des Schuldners erforderlich; die Spezifikation muß unterbleiben infolge eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten hat. Es gelten hier bezüglich der Beweislast die allgemeinen Regeln, daß der Gläubiger die Verpflichtung, Fälligkeit und Mahnung, der Schuldner beweisen muß, daß die Spezifikation ohne sein Verschulden unterblieb.

§ 8.

Die Rechtsfolgen des Verzugs im allgemeinen.

Wir kommen nun zu der praktisch wichtigsten Frage, nämlich zu der nach den Rechtsfolgen des Spezifikationsverzuges. Hier herrschten vor Schaffung des § 375 die vielfachsten Meinungen, die bei den einzelnen Rechtsfolgen zu nennen sein werden.

Neben den in unserem Paragraphen aufgezählten Rechten, die dem Verkäufer gegen den in der Spezifikation Säumigen zustehen, nämlich dem Uebergang des Wahlrechts, dem Rücktritt und dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung werden noch weitere drei Rechte genannt, die der Verkäufer haben soll: das Recht, auf Vornahme der Spezifikation zu klagen, das Recht, den Preis der mindestteuren Sorte sofort

zu fordern und das Recht, zum Selbsthilfeverkauf zu schreiten, sodaß, wenn diese Rechte alle bestünden, der Verkäufer gegen den Käufer, der mit der Spezifikation in Verzug gerät, gleich mit sechs schneidigen Waffen auftreten könnte. Sehen wir zu, ob alle diese Rechte tatsächlich bestehen!

Unserer Ansicht nach bedeutet der zweite Absatz des § 375 eine abschließende Aufzählung dergestalt, daß andere als die hier genannten Rechte nicht bestehen. Dies ergibt sich:

1) aus den einzelnen, angeblich noch bestehenden Rechten selbst, was bei der Einzelbesprechung derselben zu erörtern sein wird,
2) aus der Fassung des Gesetzes,
3) aus seiner Entstehungsgeschichte.

Die Fassung des Gesetzes spricht für die Annahme einer abschließenden Aufzählung. Nachdem im ersten Absatze festgesetzt worden ist, daß die Spezifikationsvornahme eine Pflicht des Käufers ist, werden durch die Worte: „Ist der Käufer mit der Erfüllung dieser Verpflichtung im Verzuge, so kann der Verkäufer . . . . .“ deutlich die Folgen bezeichnet, die sich an den Verzug knüpfen. Es wird nicht, wie es nahe läge, gesagt, daß der Verkäufer diese Rechte ausüben könne unbeschadet seiner aus dem Verzug entspringenden sonstigen Rechte, sondern es werden die Rechte aus § 326 B. G. B. besonders genannt, obwohl diese zu nennen dann völlig überflüßig wäre, wenn dem Verkäufer in erster Linie die allgemeinen Rechte aus dem Verzuge bei gegenseitigen Verträgen zustehen würden.

Nicht minder spricht die Entstehungsgeschichte des Gesetzes für die Annahme einer abschließenden Aufzählung. Man hat ausgesprochenermaßen die bisherigen Kontroversen über die rechtlichen Schicksale des Spezifikationskaufes beseitigen wollen, man hat auch ausgesprochenermaßen den wirtschaftlichen Zweck verfolgt, den bisher sehr mangelhaft geschützten Spezifikationsverkäufer sicher zu stellen. Wenn nun auch die Denkschrift der Annahme zuneigt, daß z. B. das Recht des Selbsthilfeverkaufs bestehen bleibt, so ist demgegenüber auf den Grundsatz hinzuweisen, daß die

Gesetzesmotive keineswegs authentische Erläuterungen des Gesetzeswillens sind, dann aber auch darauf, daß die Denkschrift eben von dem unsererseits bekämpften Glauben an den gleichzeitig mit Spezifikationsverzug vorliegenden Annahmeverzug ausgeht. Die Absicht der Kodifikation, den Verkäufer sicher zu stellen, wird von den drei in § 375 aufgeführten Rechten in jeder denkbaren Beziehung erfüllt, von den weiter genannten Rechten nur mangelhaft, wie im einzelnen zu zeigen sein wird, sodaß auch gar kein Bedürfnis für weitere Rechtsbehelfe besteht.

Wir können also nun zur Betrachtung der einzelnen Rechte übergehen.

§ 9.

Der Uebergang des Wahlrechts.

Hier hatte sich eine Kodifikation am notwendigsten erwiesen; hatte sich doch der Zwiespalt, in den die Meinungen bezüglich des Spezifikationskaufes im gemeinen Rechte gerieten, hauptsächlich in dieser Frage gezeigt. Für den Uebergang des Wahlrechts haben sich in der Literatur ausgesprochen im Anschluß an Mommsen (S. 152), der jedoch unseren Fall noch nicht kennt: Kohler am eingangs angeführten Orte und Dernburg in seinen Pandekten (3. Aufl., Bd. II, § 27, 17); gegen diesen Rechtsbehelf erklärten sich Windscheid (Pandekten, 7. Aufl., Bd. 2, § 346, 10), Römer in seiner zitierten Abhandlung, Staub und Oertmann. In der Judikatur wurde der Uebergang des Wahlrechts für das Gebiet des gemeinen Rechts vom Reichsgerichte verneint (Bd. 30, S. 97), für das Gebiet des preußischen Rechts hat sich das Reichsgericht der anderen Ansicht geneigt erwiesen (Band 29, S. 17). Es kann hier auf die Darlegungen Oertmanns verwiesen werden; bei denen, die sich für den Uebergang des Wahlrechts erklärt haben, war wohl mehr der Wunsch des Gedankens Vater.

Nun läßt das H. G. B. den Uebergang des Wahlrechts unter gewissen, den Käufer sichernden Kautelen eintreten, deren Betrachtung wir uns im folgenden zu unterziehen haben.

Die Art, wie das Gesetz dem Verkäufer das Recht, die Spezifikation an Stelle des Käufers vorzunehmen, gibt, ist als eine sehr glückliche Lösung der widerstreitenden Interessen des Verkäufers und des Käufers zu bezeichnen.

Der Verkäufer hat nämlich die von ihm getroffene Bestimmung dem Käufer mitzuteilen und ihm zugleich eine angemessene Frist zur Vornahme einer anderweitigen Bestimmung zu setzen.

Dadurch, daß dem Käufer nicht etwa nur eine Frist gesetzt wird, nach deren fruchtlosem Ablaufe der Verkäufer spezifizieren könnte, sondern daß ihm zugleich mit der Fristsetzung die vom Verkäufer getroffene Bestimmung mitgeteilt wird, wird er viel nachdrücklicher auf die ihm drohenden Nachteile hingewiesen und an seine Pflichten erinnert, als dies durch eine bloße Fristsetzung geschehen könnte. Andererseits braucht der Verkäufer nur eine Erklärung abzugeben und kann nach fruchtlosem Fristablauf gleich mit der Lieferung im Gemäßheit seiner Spezifikation beginnen.

Ueber die Fristsetzung, wie und wann sie zu erfolgen hat, wird weiter unten gesprochen werden, da sich in diesen Punkten die Frist bei Spezifikationsvornahme durch den Verkäufer von der Frist nach § 326 B. G. B. nicht unterscheidet. Wohl aber unterscheiden sich die beiden Fristen in stärkstem Maße bezüglich der Rechtsfolgen, was besonderer Betonung bedarf. Die Frist des § 375 — wie wir die in § 375 Absatz 2 Satz 2 genannte Frist im Gegensatze zu der Frist des § 326, die ja eigentlich auch eine Frist des § 375 ist, kurz bezeichnen wollen — ist eine Präklusivfrist und zwar eine Präklusivfrist für beide Teile. Ist die Frist abgelaufen, ohne daß der Käufer spezifiziert hätte, so treten die Rechtsfolgen ipso iure ein, während es zur Verwirklichung der mit der Frist des § 326 verbundenen Rechtsfolgen erst noch der weiteren Erklärung bedarf, für welches der ihm zustehenden Rechte sich der Verkäufer entscheidet.

Ist also die Frist des § 375 abgelaufen, so ist die von dem Verkäufer getroffene Bestimmung maßgebend. Das heißt, daß kein Teil mehr eine andere Bestimmung in

Anspruch nehmen darf. Hat also der Käufer während der Frist nicht spezifiziert, — und zwar müßte seine nachträgliche Spezifikation, da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, noch vor Fristende dem Verkäufer zugegangen sein — so muß er sich gefallen lassen, daß der Verkäufer nach der angedrohten Spezifikation liefert. Wie weit diese Duldungsverpflichtung des Käufers geht, fanden wir in den Kommentaren noch nicht erörtert. Man wird dazu gelangen müssen, zu sagen, daß der Käufer sich schlechthin jede angedrohte und durch Fristablauf bindend gewordene Spezifikation gefallen lassen muß. War z. B. im Kaufvertrage vereinbart, daß das kaufende Eisenbahnunternehmen dem verkaufenden Werke die Länge der zu liefernden Schienen mit 6 Meter oder 9 Meter zu spezifizieren habe, und hat bei Spezifikationsverzug das Werk unter Fristsetzung zu anderweitiger Bestimmung erklärt, es werde 12 Meter-Schienen liefern, so ist bei fruchtlosem Fristablauf auch diese, eigentlich vertragswidrige Bestimmung maßgebend. Denn abgesehen von der Erwägung, daß die Beschränkung des Spezifikationsrechts hauptsächlich im Interesse des Verkäufers lag, so ist die Fristsetzung gerade dazu geschaffen, um dem Käufer die Folgen seines Verzugs deutlich vor Augen zu führen. Unter Umständen kann eine innerhalb des Vertrags verbleibende Spezifikation des Verkäufers für den Verkäufer ebenso drückend sein wie die soeben geschilderte, aus dem Rahmen des Vertrages hinausgehende. Der Käufer muß eben bedacht sein, die seinen Interessen entsprechende Spezifikation noch innerhalb der Frist abzugeben. Dabei macht es keinen Unterschied, ob er die Frist verschuldeter- oder unverschuldeterweise unbenutzt verstreichen läßt. Denn ist einmal der Käufer in Spezifikationsverzug geraten, zu dem, wie oben dargelegt, Verschulden gehört, so ist es nur billig, wenn er alle Konsequenzen seines Verzuges zu tragen hat. Er wird im allgemeinen hinlänglich dadurch geschützt, daß auch die Erklärung der Bestimmung des Verkäufers empfangsbedürftig ist, und daß eine Ausnahme, wie stets, bei Arglist des Verkäufers gilt.

Aber auch für den Verkäufer ist die von ihm getroffene Bestimmung mit dem Momente des Fristablaufs maßgebend. Es ist das Rechtsverhältnis so anzusehen, als ob der Vertrag von Anfang an auf die vom Verkäufer spezifizierte Ware geschlossen wäre. Mit dem Augenblicke, wo die Bestimmung des Verkäufers maßgebend geworden ist, hat sich der Spezifikationskauf in einen gewöhnlichen Kauf verwandelt, und gelten, falls nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt wird, die gewöhnlichen Regeln über Lieferungsverzug und Zahlungsverzug. Der Käufer kann Lieferung der vom Verkäufer spezifizierten Ware und nur dieser verlangen.

Ein weiterer Unterschied zwischen der Frist des § 375 und der Frist des § 326 ist folgender:

Die Frist des § 326 kann fortfallen, sodaß der Verkäufer die Rechte auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung oder auf Rücktritt sofort hat, wenn die Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse mehr hat. Dies ist bei der Frist des § 375 nicht der Fall, da, wie Staub richtig sagt, das Recht zur eigenen Spezifikationsvornahme gerade ein Interesse an der Erfüllung des Vertrages voraussetzt. Es wäre in der Tat eine sinnlose Handlung, würde der Verkäufer eine Spezifikation vornehmen, dabei aber eine Fristsetzung unterlassen, weil eine Spezifikation für ihn kein Interesse mehr habe. Außerdem zwingt ja nichts zu der Annahme, daß die Frist des § 375 etwa völlig analog der des § 326 behandelt werden müsse.

Die Frist des § 375 muß eine angemessene Frist sein. Ueber die Tragweite dieses Wortes gehen die Meinungen ziemlich auseinander. Zunächst können wir uns nicht der Planck'schen Ansicht (Kommentar zum B. G. B. § 250) anschließen, daß es genüge, wenn bestimmt werde: „ich setze Ihnen eine angemessene Frist", sondern es muß der allgemeinen Meinung völlig beigestimmt werden, daß die Frist ausdrücklich nach Zeitabschnitten bemessen sein muß; es würde denn auch die Setzung einer „angemessenen Frist" den Zeitpunkt des Uebergangs des Wahlrechts bezw. im Falle des § 326 den Zeitpunkt, in welchem der Verkäufer

die nachträgliche Spezifikation nicht mehr anzunehmen braucht, keineswegs fixieren und so den ganzen Zweck des Gesetzes illusorisch machen.

Ob die Frist angemessen ist, wird im wesentlichen quaestio facti sein. Bei der Frist des § 375 wird es genügen, wenn der Verkäufer die Frist so bemißt, daß seine Erklärung dem Käufer zugehen kann, dieser eine kurze Spanne Zeit zur Kalkulation hat und die Erklärung des Käufers wieder ihm zugehen kann.

Wie ist aber die Sachlage, wenn die vom Verkäufer gestellte Frist nicht angemessen ist?

Ist die Frist zu lang, so ist dies ohne weitere Bedeutung. Dies ist eine vom Verkäufer gewährte Nachsicht, die dieser eben gegen sich gelten lassen muß.

Ueber die Folgen, die eine zu kurz bemessene Frist hat, gehen die Meinungen stark auseinander. Grundsätze für die Bemessung der Frist enthalten u. a. die Entscheidungen R. O. H. G. Bd. 7, Nr. 102, S. 383, 4d und in Kürze auch R. O. H. G. Bd. 13, Nr. 66, S. 193. Planck (a. a. O.) erachtet die Fristbestimmung für wirkungslos; Cosack (Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. 1, § 123) glaubt, daß die Setzung der zu kurz bemessenen Frist von selbst die objektiv angemessene Frist in Lauf setze; Staub (Anm. 79 im Exk. zu § 374) ist in weiterem Ausbau der Entscheidungen R. O. H. G. Bd. 8, Nr. 130, S. 125 und der etwas engeren R. G. Bd. 7, Nr. 27, S. 79 der Ansicht, daß der Säumige der ihm gestellten zu kurzen Frist unter Angabe seiner Gründe sofort widersprechen müsse und innerhalb der von ihm als angemessen erachteten Frist auch wirklich erfüllen müsse. Dann könne der Richter entscheiden, ob tatsächlich innerhalb angemessener Frist Erfüllung angeboten sei bezw. spezifiziert sei. Wir möchten uns im allgemeinen der wohlbegründeten Ansicht Staubs anschließen, aber doch im Sinne der Planck'schen Anschauung eine Ausnahme machen. Dann nämlich wird die Fristsetzung als ganz wirkungslos angesehen werden müssen, wenn der Verkäufer eine derartig kurz bemessene Frist stellt, daß er bei vernunftgemäßer Ueberlegung überhaupt nicht damit rechnen

kann, daß die Spezifikation ihm innerhalb der Frist zugeht, wenn er also eine Heilung des Verzuges gar nicht ernstlich will.

Cosacks Ansicht, die er in seinem Lehrbuch des Handelsrechts (§ 105) wiederholt, beruht wohl hauptsächlich auf einer nicht zu billigenden Verwischung des Tatbestandes des § 326 Satz 1 durch Hereinziehung des Begriffes der rechtzeitigen Leistung, welche doch auf die Angemessenheit der Fristsetzung keinen rückwirkenden Einfluß zu äußern, vermag. Etwas gar kühn erscheint die noch weitergehende Behauptung Cosacks, daß, wenn der Nichtsäumige die Frist ganz zu verweigern erklärt, gleichfalls mit dieser Erklärung die angemessene Nachfrist von Rechtswegen ihren Lauf beginne; denn man könne die Verweigerung der Nachfrist (Nachfrist gleich Null) nicht anders behandeln als eine zu kurze Nachfrist. Man kann die Erklärungen einer Partei kaum gewaltsamer auslegen, als es hier durch Cosack geschieht; es ist doch wahrlich etwas ganz verschiedenes, ob jemand gar keine Frist stellt, ja eine solche ausdrücklich verweigert, oder eine zu kurze Frist setzt. Dabei übersieht Cosack auch, daß der Säumige nicht etwa Anspruch auf eine gesetzliche Nachfrist erhält, sondern auf eine vom Gegner zu bestimmende.

Auch darin können wir Cosack nicht beistimmen, daß der Verkäufer während des Laufes der Frist diese nicht mehr verlängern könne; dies kann höchstens bei der Frist des § 326 der Fall sein, bei der unter Umständen auch der Säumige an der Ausschließung der Erfüllung ein Interesse hat.

Ebensowenig kann Dernburg (Bürg. Recht, Bd. II S. 214) beigetreten werden, der das bloße Abwarten einer angemessenen Frist für ausreichend hält. Dies gilt nicht für die Frist des § 375, wo das Gegenteil ausdrücklich bestimmt ist, aber auch nicht für die des § 326. Für den Artikel 356 A. D. H. G. B. mochte diese Auslegung allenfalls zulässig sein, aber nicht für § 326 B. G. B., der zwar bewußt aus Art. 356 herausgewachsen ist, aber doch nicht dessen getreue Kopie ist. Staub hat völlig Recht, wenn er demgegenüber auf den Unterschied der Worte: Fristgewähren im A. D. H. G. B. und Fristbestimmen im B. G. B. hinweist.

Durch wen und wem gegenüber die Frist zu setzen ist, darüber gilt beim Spezifikationskauf nichts besonderes; es ist Staub beizupflichten, dass die Frist an den Handlungsagenten, an den anwesenden Reisenden, an und durch den Prozessbevollmächtigten gestellt werden kann. (Anm. 70 im Exk. zu § 374.)

Die Bestimmung des § 255 C. P. O. schlägt hier nicht ein, da die Frist des § 375 nicht eine richterliche Verurteilung zur Erfüllung zur Voraussetzung haben kann.

Für beide Fristen gilt, daß, bevor sie gesetzt werden können, Spezifikationsverzug eingetreten sein muß. Doch ist dies bei beiden Fristen nicht so sehr als Zeitbestimmung, sondern als Voraussetzung aufzufassen. (Vgl. Staub, Anmerkung 3 in Exk. zu § 374). Es muß im Falle des § 375 als zulässig erachtet werden, daß die Mahnung des Verkäufers, mit der er den Spezifikationsverzug des Käufers herbeiführt, verbunden wird mit der Mitteilung seiner Spezifikation und der Setzung angemessener Frist zur Vornahme anderweitiger Spezifikation. Ebenso ist es im Falle des § 326 zulässig, wenn die Mahnung des Verkäufers, mit der er den Spezifikationsverzug des Käufers herbeiführt, verbunden wird mit Fristsetzung und Androhung, daß nach Fristablauf die Spezifikation des Käufers zurückgewiesen werde. Dem Buchstaben des Gesetzes nach muß ja der Verzug des Spezifikationskäufers vorliegen, ehe eine Frist gesetzt werden kann. Jedoch ist für den zeitlichen Zwischenraum, der zwischen Verzug und Fristsetzung liegt, weder im Gesetze eine bestimmte Dauer vorgeschrieben noch besteht in der Natur der Sache oder in den Interessen der Parteien irgend ein Bedürfnis, einen solchen Zwischenraum zu fixieren. Es liegt deshalb nichts im Wege, diesen Zwischenraum dem unendlich Kleinen anzunähern und die Verbindung der Rechtshandlungen, wie oben geschildert, zuzulassen. Besonders einleuchtend wird dies in dem Falle, wenn der Spezifikationsverpflichtete durch Ablauf einer kalendermäßig bestimmten Zeitpause in Verzug kommt. Hier wird kein Zweifel bestehen, daß dem Säumigen die Nachfrist des § 375 oder 326 mit dem gleichen Momente gestellt werden kann, in dem sein Verzug eintritt.

Andererseits besteht aber auch kein Zeitpunkt, in dem die Rechte auf Fristsetzung seitens des nichtsäumigen Teiles spätestens ausgeübt werden müßten, es sei denn, daß die Fristsetzung so spät erfolgt, daß eine arglistige Zögerung angenommen werden muß.

Es bleibt dann nur noch eine für die beiden Fristen gemeinsame Kontroverse, die schon im alten Rechte sich einer gewissen Berühmtheit erfreute und die im neuen Recht ein fröhliches Erwachen gefeiert hat. Müssen die Fristen auch dann gesetzt werden, wenn sich der Käufer bestimmt geweigert hat zu spezifizieren? Wir stehen nicht an, diese Frage entschieden zu bejahen.

Für das gemeine Recht finden sich treffende, analog anzuwendende Ausführungen bei Mommsen S. 176.

Abgesehen von dem argumentum e contrario, daß aus § 634 Absatz 2 B. G. B. herzuleiten wäre, sprechen gewichtige innere Gründe für die hier vertretene Auffassung.

Der Erklärung, nicht spezifizieren zu wollen, kann irgendwelche rechtliche Bedeutung nicht beigemessen werden; ob der Käufer mit oder ohne ausgesprochene Weigerung zu spezifizieren in Verzug gerät, ist gleichgültig. Die Tatsache des Verzugs ist entscheidend. Die Fristen sind eben dazu da, wie wir schon oben erwähnten, um den Käufer eindringlich an seine Vertragspflichten zu mahnen und ihm auch, wenn er sich zu Unrecht geweigert hat, zu spezifizieren, Zeit zur Ueberlegung und Umkehr zu geben. Denn erst mit und durch die Fristsetzung — eine andere Rechtshandlung sieht das Gesetz nicht vor — können der säumigen Vertragspartei die schweren Folgen ihres Verzuges vor Augen geführt werden.

Vgl. im übrigen Staub, Anm. 75 im Exkurs zu § 374 im Gegensatz zu seinem Kommentar zum A. D. H. G. B. Art. 356; Rechtssprechung der Oberlandesgerichte, Bd. 4, Seite 11.

Nur das eine wird man bei Spezifikationsverweigerung des Käufers dem Verkäufer gestatten, daß er die Frist wesentlich kürzer stellt als unter gewöhnlichen Umständen; denn der Käufer mag es dann als Folge seiner vertrags-

widrigen Erklärungen tragen, daß man die angemessene Frist in diesem Falle möglichst enge begrenzt.

Als Einzelheit ist schließlich noch zu erwähnen, daß der Verkäufer, wenn innerhalb der Frist des § 375 die Spezifikation nachgeholt wird, Anspruch auf Schadenersatz wegen verspäteter Spezifikation behält.

§ 10.

Die Rechte gemäss § 326 B. G. B.

Neben dem Uebergang des Wahlrechts bestimmt § 375, daß der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Erfüllung der Spezifikationsverpflichtung im Verzuge ist, gemäß § 326 B. G. B. Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten könne. Hier gilt es, eine Vorfrage zu erörtern, die wohl wegen der Selbstverständlichkeit der Antwort in den Kommentaren nicht erörtert ist, aber doch der Vollständigkeit halber hier erwähnt werden soll. Es ist nämlich dem Ausdrucke nach nicht völlig klar, ob mit den beiden „oder" drei gleichberechtigte Alternativen gegeben sind, oder ob nur das erste „oder" die zwei Hauptalternativen trennt, während das zweite „oder" nur zwei Subalternativen scheidet, d. h. also grammatisch ausgedrückt, ob die Worte „gemäß § 326 des Bürgerlichen Gesetzbuches" sich auch auf Rücktritt beziehen, juristisch ausgedrückt, ob auch der Rücktritt sich in den Formen des § 326 vollziehen muß. Man darf sich ohne weiteres für das letztere entscheiden. Denn einmal sind Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt stets zusammen genannte Alternativen, dann aber ist es auch die zweifellose Absicht des Gesetzes, nicht etwa den einfachen Rücktritt nach § 346 ohne vorgängige Fristsetzung zu gewähren.

Der Verkäufer hat also bei Spezifikationsverzug des Käufers die Rechte des § 326. Von Interesse ist hier eine Kontroverse zwischen der Denkschrift und Staub. Die Denkschrift sagt, daß der Verkäufer diese Rechte an sich schon auf grund von § 326 habe und § 375 sie ihm nicht nehme, ist also anscheinend der Ansicht, daß die Erwähnung der Rechte nur dem Zwecke der Ausschließung von Zweifeln diene

Staub meint hiezu gegensätzlich, daß an sich auf den Verzug in der Spezifikation der § 326 nicht Platz greife. Er ist der Ansicht, daß § 326 nur auf den Verzug in derjenigen Leistung Anwendung finde, welche mit der Hauptleistung des Gegners in synallagmatischem Verhältnissen stehe und ihr eigentliches Aequivalent bilde. Da sich also § 329 beim Kaufe nur auf Zahlungs- und Lieferungsverzug beziehe, der Spezifikationsverzug aber Abnahmeverzug, also Verzug in Nebenleistung, sei, so belasse § 375 dem Verkäufer nicht die Rechte aus § 326, sondern gebe sie ihm, was aber für die Anwendung der Vorschrift gleichgiltig sei.

Wir teilen Staubs Anschauung über das Wesen des § 326 völlig, und kommen, weil auch wir den Spezifikationsverzug, wenn auch nicht als Abnahmeverzug, so doch ebenfalls als Verzug in Nebenleistung ansehen, zu dem gleichen Resultate, werten aber diese Kontroverse höher als ihr eigener Urheber. Es ist nämlich nicht ganz gleichgiltig, ob § 375 die Rechte aus § 326 dem Verkäufer belässt oder besonders gibt; denn durch letzteren Umstand wird die oben aufgestellte Ansicht, daß § 375 eine abschließende Aufzählung der aus dem Spezifikationsverzuge folgenden Rechte enthalte, aufs neue bekräftigt.

Der Verkäufer kann, wie gesagt, gemäß § 326 B. G. B. verfahren, er kann dem säumigen Käufer eine angemessene Frist zur Vornahme der Spezifikation stellen mit der Erklärung, daß er die Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne, oder in die Sprache des § 375 übertragen, daß er die Spezifikation des Käufers nach dem Ablaufe der Frist zurückweise. Unbedingt muß dieses Praejudiz mit der Fristbestimmung verbunden sein; es muß in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise der ernstliche Wille des Verkäufers ausgedrückt sein, daß er eine Nachholung der versäumten Handlung nach dem Ablaufe der Frist nicht mehr dulden werde. Was als genügende Erklärung in diesem Sinne anzusehen ist, wird meist Tatfrage sein; so wird die Erklärung, sich nach Fristablauf decken zu wollen, genügen, wie überhaupt jede Androhung einer Rechtshandlung, die sich mit Erfüllung prinzipiell nicht vereinbaren läßt.

Ist nun die Frist, ohne daß die Spezifikation des Käufers dem Verkäufer zugegangen wäre, abgelaufen, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen und der Verkäufer kann zur engeren Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt schreiten. Der Verkäufer braucht sich noch nicht bei Bestimmung der Frist zu erklären, welche der beiden sekundären Alternativen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt, er wählen will. Hat er jedoch nach Ablauf der Frist erklärt, welches der beiden Rechte er wähle, so ist er daran gebunden. Die allgemeine Meinung geht noch weiter und behauptet, daß, wenn der Verkäufer bereits bei Stellung der Frist zur Spezifikation für den Fall des fruchtlosen Fristablaufs neben der Zurükweisung der Spezifikation für eines der beiden sekundären Rechte sich erklärt habe, er auch an diese Wahl gebunden sei.

Vgl. Staub, Anm. 95 im Exkurse zu § 374.

Wir können dem nicht beistimmen. Wir halten eine schon bei Fristbestimmung ausgesprochene Wahl des Verkäufers zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt für rechtlich irrelevant: denn in diesem Zeitpunkte hat er noch gar kein Recht, zwischen den sekundären Rechten zu wählen. Dieses Wahlrecht entsteht erst, wenn der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen ist, also erst mit fruchtlosem Fristablauf. Dies ergibt der Wortlaut des zweiten Satzes des § 326 mit genügender Deutlichkeit; es besteht auch kein Grund, dem Verkäufer unterzulegen, daß er sich für den Fall der Entstehung eines Wahlrechts schon für eines der zu wählenden Rechte mit unabänderlicher Bindung entscheiden wolle. Eine Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt kann also erst nach Fristablauf stattfinden; nur soviel wird zuzugeben sein, daß, wenn der Verkäufer nach Fristablauf Handlungen vornimmt, aus denen zu schließen ist, daß er an dem bereits bei Fristbestimmung bezeichneten Rechte auch jetzt noch festhält, dies als genügende Erklärung anzusehen sein wird, daß der Verkäufer das bei Fristbestimmung erklärte Recht gewählt habe, und eine empfangsbedürftige Willenserklärung nicht mehr nötig ist.

Andererseits muß der Verkäufer die engere Wahl bei Fristablauf auch vornehmen; sonst kann er in den Formen des § 327, 355 B. G. B. dazu gezwungen werden.

Ueber die sonstigen, bei der Fristbestimmung auftretenden Fragen, wurde oben gesprochen; über die Art, wie der Rücktritt zu erfolgen habe, und wie der Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu liquidieren sei, braucht hier nicht gehandelt zu werden, da hiebei die Eigentümlichkeiten des Spezifikationskaufes nicht mehr hereinspielen. Nur soviel mag bemerkt werden, daß bei jeder Art von Schadensliquidation stets der Preis der billigsten Sorte oder Form zu grunde zu legen ist; denn der Käufer hätte ja stets das Recht gehabt, auf diese Sorte zu spezifizieren, der Verkäufer also Anwartschaft auf höheren Gewinn nie gehabt.

§ 11.

Die weiteren Rechte des Verkäufers.

A. Die Klage auf Spezifikation.

Ob die Vornahme der Spezifikation einklagbar sei, bildete schon vor 1900 den Gegenstand lebhaften Dissenses. Kohler verneinte die Frage mit ausführlichen und gewichtigen Gründen; Oertmann läßt die Klage zu, jedoch in anderer Weise als sie in der Judikatur auftritt. Die Gründe, mit denen im gemeinen Rechte diese Frage behandelt wurde, lassen sich auf das neue Recht nicht übertragen, weil der Ausgangspunkt ein ganz anderer ist. Im alten Rechte wurde je nach der Beantwortung der Vorfrage, ob der Käufer zur Spezifikation verpflichtet sei, die Antwort auf die Frage der Klagbarkeit der Spezifikationsvornahme aufgebaut, im neuen Rechte ist ja die Verpflichtung zur Spezifikationsvornahme expressis verbis festgestellt. Wir müssen also die Frage, ob § 375 eine Klage auf Spezifikation kennt, rein dogmatisch entscheiden und gelangen zu einer Verneinung.

Staub sieht freilich die Klage als selbstverständlich und natürlich an (ebenso Chamizer S. 18), da die Pflicht bestehe und demgemäß eingeklagt werden könne. Dies ist jedoch durchaus nicht selbstverständlich. Nicht alle Pflichten, die das Gesetz aufstellt, können Gegenstand eines Klage-

begehrens sein. Es mag hier von den nicht erzwingbaren Pflichten ganz abgesehen werden, wie sie z. B. auf dem Gebiete des Familienrechts sich finden; es gibt auch sonst genug Pflichten, mit denen keineswegs ein Klagerecht korrespondiert. Man denke an die Pflicht des Drittschuldners zur Erklärungsabgabe gemäß § 840 C. P. O., wo auch das Vorhandensein eines Klagrechts bestritten wird, (vergl. Gaupp-Stein, Komm. zur C. P. O. zu diesem §); man denke an die im § 2003 Abs. 2 B. G. B. aufgestellte Pflicht des Erben zur Auskunftserteilung, deren Verletzung auch kein Klagrecht gibt, sondern nur die im § 2005 bezeichneten Folgen hat. Eines ist der Staub'schen Auffassung einzuräumen: zunächst spricht die Wahrscheinlichkeit dafür, daß jeder Verpflichtung ein Klagrecht entspricht, und das Gegenteil, das Nichtvorhandensein eines Klagrechtes, bedarf besonderen Nachweises.

Vgl. hierzu Oberlandesgericht Dresden vom 3. Dezbr. 1901 in Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, Band 4, Seite 224.

Diesen Nachweis glauben wir aber erbringen zu können aus einem doppelten Grunde. Einmal ziehen wir hier nur die Konsequenz unseres früher eingenommenen Standpunktes, daß es sich in § 375 Absatz 2 um eine abschließende Aufzählung handle, und lehnen schon aus diesem Grunde die Klage auf Spezifikation, weil dort nicht erwähnt, als unzulässig ab. Dann aber vermissen wir an einer Klage auf Spezifikation etwas, was jede Klage besitzen muß, nämlich ein Ziel, das erreicht werden soll, ein Rechtszustand, der verwirklicht werden soll. Gesetzt, der Verkäufer dürfte auf Spezifikation klagen und würde ein obsiegendes Urteil erhalten, was würde ihm die Zwangsvollstreckung bringen? Nichts, was er nicht schon ohne Prozeß hat. Die Zwangsvollstreckung würde nach § 887 C. P. O. zu erfolgen haben, — daß dieser und nicht § 888 C. P. O. in Betracht kommt, ist klar, — es würde also der Gläubiger zu ermächtigen sein, die Spezifikation auf Kosten des Schuldners durch einen Dritten vornehmen zu lassen oder auch selbst vorzunehmen.

Vgl. Struckmann-Koch, Komm. z. C. P. O. zu § 887, 2. und die dort zitierten.

Der Gläubiger hätte also mittelst Prozesses und anschließender Zwangsvollstreckung ein Ziel unter Mühe, Kosten und Zeitverlust erreicht, das ihm durch eine einfache Erklärung mit Fristsetzung zu erreichen freistand. Wir müssen demnach das Klagerecht auch aus dem Grunde verneinen, weil für dasselbe vom Gesetze ein ausreichendes Surrogat dargeboten und gewollt.

B. Das Recht auf Zahlung des Mindestpreises.

C. Das Recht des Selbsthilfeverkaufs.

Die Frage nach diesen beiden Rechten gab im alten Rechte zu den größten Meinungsverschiedenheiten Anlaß. Oertmann gibt darüber ein ausführliches und interessantes Referat, dessen bloße Wiederholung man uns erlassen wird; er selbst erkennt beide Rechte für das gemeine Recht an, worin ihm beigestimmt werden kann.

Für das neue Recht wurde das Vorhandensein beider Rechte von Staub bejaht, von Lehmann wurde der Selbsthilfeverkauf verneint. Wir müssen jedoch beide ablehnen und zwar einfach in Konsequenz unserer früheren Anschauungen. Aus einem doppelten Grunde verbieten uns unsere früheren Darlegungen, das Recht auf Zahlung des Mindestpreises und das Recht des Selbsthilfeverkaufes anzunehmen. Einerseits erachteten wir die in § 375 Absatz 2 getroffene Aufstellung für eine abschließende, sodaß für weitere Rechtsbehelfe kein Raum ist; andererseits waren wir der Ansicht, daß der Spezifikationsverzug keinen Annahmeverzug darstelle, und nur unter Voraussetzung, daß es sich um Annahmeverzug handle, kann die Frage nach dem Vorhandensein beider Rechte bejaht werden.

Nur dann gäbe es eine Klage auf Zahlung des Mindestpreises, wenn gleichzeitig Zahlungsverzug vorläge.